Recurso 96/2022
Resolución 230/2022

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 20 de abril de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FUNERARIA ARMILLA FERMÍN CRIADO, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado «Concesión de suelo para la construcción y gestión de tanatorio» (Expte. 1240/2021), convocado por el Ayuntamiento de Churriana de la Vega (Granada), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de marzo de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, según consta en el citado anuncio con un valor estimado de 2.500,00 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el mismo día 9 de marzo.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 17 de marzo de 2022, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FUNERARIA ARMILLA FERMÍN CRIADO, S.L. (en adelante la recurrente) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento. En el escrito de recurso se solicita, entre otras cuestiones, la suspensión del procedimiento de licitación.

Dicho escrito, junto con determinada documentación necesaria para su tramitación y resolución, fue remitido por el órgano de contratación teniendo entrada en este Tribunal el 23 de marzo de 2022. Posteriormente, previa solicitud por la Secretaría de este Órgano, el 1 de abril de 2022, se recibe el listado de entidades licitadores participantes en el procedimiento de licitación.

El 5 de abril de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna.

Por último, el 8 de abril de 2022 este Tribunal mediante resolución adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la entidad recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Churriana de la Vega (Granada) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El recurso se dirige contra el PCAP que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación de una concesión administrativa para el uso privativo de un bien de dominio público, siendo esta la calificación jurídica otorgada por el órgano de contratación. Al respecto, la recurrente afirma que la calificación como concesión demanial es errónea siendo la adecuada la de servicios o de concesión de servicios. En el informe al recurso el órgano de contratación sostiene asimismo que estamos en presencia de una concesión demanial, no siendo la misma, a su juicio, susceptible de recurso especial al no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 44 de la LCSP.

Así pues, en la medida que la entidad recurrente cuestiona la calificación jurídica del contrato y el órgano de contratación cuestiona la sujeción del contrato al recurso especial, ha de abordarse este extremo.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, ha de estarse a lo dispuesto en el apartado 2, letra k), del artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), que establece que «*El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: k) Cementerios y actividades funerarias*». En este sentido, el artículo 26 del mismo texto legal señala que los *«Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:*

a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.».

Así las cosas, en cuanto al objeto concreto de la concesión debemos abordar la cuestión a efectos de determinar si el objeto de los servicios y la forma de prestación como concesión de servicios, invocada por la entidad recurrente, es posible conforme a la legislación vigente.

Al respecto, interesa destacar que el artículo 86. 1 del mismo texto legal citado señala que: *«Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.*
Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.».

En este sentido, es necesario poner de manifiesto que el hecho de que una determinada actividad se desarrolle mediante la ocupación de un bien de dominio público cuyo uso esté sujeto a un título regulador, bien sea autorización o una concesión, no imposibilita que la actividad en él realizada, en la medida en que resulta de una relación jurídica bilateral de naturaleza obligacional, con prestaciones recíprocas entre las partes, sea un negocio jurídico bilateral o contrato, además oneroso, pues el contratista percibe un precio de los usuarios del tanatorio, y ha de satisfacer como contraprestación además de la construcción del mismo el pago de un canon al órgano de contratación.

A efectos de una mayor precisión del concreto ámbito de actuación que se propone por la Administración pública se ha de poner de relieve la tradicional categorización entre formas directa e indirectas de gestión de los servicios públicos. Sobre el particular, la legislación ha evolucionado en los últimos años, partiendo de las diferentes modalidades de prestación de los servicios públicos locales, pues siempre han tenido muchas alternativas organizativas y gestoras. En este sentido, la Ley 2/2012, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, así como la LCSP han ampliado las formas ya existentes, sin variar la distinción principal, entre formas de gestión directa e indirecta, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 284.1 LCSP. De este modo, se entiende por concesión de servicios una forma de gestión indirecta de servicios públicos (desapareciendo el contrato de gestión de servicios públicos como tal).

Al respecto, la clasificación de las diferentes formas de prestación de los servicios públicos supone distinguir, por un lado, la gestión directa por la propia entidad, con sus propios medios (bien por la propia entidad local, por un organismo autónomo local o por una sociedad mercantil de capital íntegramente local (art. 85.2.A de la LBRL), y por otro lado, y en lo que respecta al objeto del debate, la gestión indirecta, es decir cuando se procede a la contratación de una empresa para prestar el servicio, aunque bajo el control de la Administración titular del servicio. En este sentido, la tradicional remisión que el artículo 85.2.B de la LBRL hacía al contrato de gestión de servicios públicos indicando expresamente el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, ha de entenderse ahora hecha a la LCSP.

En definitiva, las tradicionales formas de gestión indirecta de servicios públicos que enumeraba el artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a las que se remite el artículo 85.2.B de la LBRL han sido unificadas en la concesión de servicios, con la excepción de las sociedades de economía mixta[1].

Asimismo, dentro de la concesión, debe considerarse la concesión de obras (artículos 14 y 247 a 283 de la LCSP). En cuanto a la distinción de las concesiones de servicios con las de obras, en la primera la prestación del servicio que se gestiona es de titularidad o competencia del órgano u órganos de contratación, y ello sin perjuicio de que la explotación del servicio requiera de determinadas obras para su realización (artículo 285.2 de la LCSP), siendo estas un instrumento necesario para la explotación del servicio. En la segunda, esto es en la concesión de obras, lo esencial es la obra (artículo 285.2 de la LCSP).

Al respecto, en el servicio de gestión del tanatorio, incluida su construcción, lo que tiene carácter predominante es la posibilidad de prestar dicho servicio, en este caso durante cuarenta años, y no la explotación de un determinado terreno calificado jurídicamente como de dominio público, de modo que estamos en presencia de un contrato de los previstos en la LCSP, pero no ante una concesión demanial (v.g. Resolución 276/2018, de 4 de octubre). En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 175/2017, de 17 de febrero, así como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que en su Informe 26/2007, de 5 de julio, concluía que «*Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que los contratos que tiene por objeto la gestión de un tanatorio han de ser calificados como contratos de gestión de servicios públicos sin que la forma de retribución de la prestación pueda afectar a tal calificación*».

Establecida la naturaleza contractual de la actividad de construcción y gestión de un tanatorio, procede determinar su régimen jurídico y en virtud del mismo, si el contrato está o no sujeto al recurso especial en materia de contratación.

En este sentido, debe por último abordarse la regulación de la concesión de dominio público cuando afecta a bienes de las entidades locales (artículos 78 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, y 30.3 de la LBRL). Al respecto, la concesión demanial puede utilizarse para que los particulares ofrezcan prestaciones de servicio público, si bien en sentido amplio, como actividades de restauración (bares o quioscos en espacios públicos), de ocio o deportivas (parque de actividades, un campo de golf); incluso se han calificado en alguna ocasión como tal la concesión de un aparcamiento subterráneo (Informe 41/09, de 1 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado). A juicio de este Tribunal, la remisión que hace el artículo 78 del RBEL en su apartado 3 cuando señala que *«las concesiones se otorgaran previa licitación, con arreglo a los artículos siguientes y a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locale*s», deben entenderse referidas al Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, siempre refiriéndose a los servicios de competencia municipal, como es el caso que nos ocupa respecto de los servicios de tanatorio, con fundamento en los preceptos anteriormente citados de la LRBRL.

Así pues, una vez descartada la calificación de la figura como concesión demanial, debe analizarse si procede considerarla como contrato de obras o de servicios o de concesión de obras o de servicios. En tal sentido, la jurisprudencia europea a la luz de la entonces Directiva 2004/18/CE, ya había abordado la distinción entre una

1 La exposición de motivos de la LCSP se pronuncia sobre la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos y la DA 34ª señala que las referencias que se recojan en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos deben considerarse realizadas " *al contrato de concesión de servicios , en la medida en que se adecúen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley*".

concesión de servicios y un contrato de servicios en atención a la transferencia del riesgo derivado de la explotación de la prestación. Y es precisamente esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que, posteriormente, se ha incorporado al texto de la Directiva 2014/23/UE de concesiones, de modo que la definición de riesgo operacional recogida en su artículo 5, así como en los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP, viene a ser reproducción del contenido de aquella doctrina jurisprudencial (v.g. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de septiembre de 2009, asunto Wasser y de 10 de marzo de 2011, asunto Privater). Asimismo, este Tribunal en numerosas resoluciones ha recalificado contratos analizando la distinción entre un servicio y una concesión de servicios (v.g., entre otras, Resolución 41/2016, de 18 de febrero).

Al respecto, el artículo 5 de la Directiva de concesiones -y con una redacción prácticamente idéntica los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP-, dispone que "*La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable*".

Asimismo, como ya señaló este Tribunal en su Resolución 51/2016, de 25 de febrero, el riesgo de demanda -a que alude el artículo 5 de la Directiva de concesiones y los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP- cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debido a factores ajenos. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, los apartados 66 y 67 de la antes citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 Eurawasser), puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de construcción y de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74). En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato de obras o de servicios o como concesión de obras o de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de obras o servicios o de una concesión de obras o servicios. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler.

Pues bien, tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones de ejecución del contrato examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de obras o servicios o de concesión de obras o de servicios. En este sentido, lo que distingue a unos de otros no es la actividad que pueda ser objeto de la contratación, sino la traslación del riesgo de la explotación o «riesgo operacional» a la entidad adjudicataria; es decir, si la persona contratista asume un riesgo operacional en la construcción de la obra y en la explotación del servicio, en el sentido que definen los artículos 5 de la Directiva de concesiones y 14.4 y 15.2 de la LCSP.

Por tanto, habrá que determinar si concurre o no este elemento definitorio en el presente contrato. Al respecto, en lo que aquí interesa, en la cláusula 6 del PCAP se indican las obligaciones que la concesionaria ha de asumir respecto a la ejecución de las obras. Asimismo, en la cláusula 7 del mencionado pliego se señala que los gastos de elaboración del proyecto técnico y del estudio de viabilidad serán a cargo de la persona adjudicataria. Por último, en la cláusula 8 de dicho PCAP se regulan las obligaciones de la persona contratista para la prestación del servicio de tanatorio, donde ésta asume además de gastos que son normales en la ejecución de cualquier contrato con arreglo al principio de riesgo y ventura establecido en el artículo 197 de la LCSP, otros derivados de la gestión y explotación del servicio, incluyendo las potestades de organización de dicha explotación, sin perjuicio del lógico ejercicio de una cierta supervisión o control por parte del órgano de contratación (cláusula 9 del PCAP).

Asimismo, el riesgo de demanda debe valorarse para establecer el tipo contractual en aquellos contratos, como el que estamos examinando, en los que la persona usuaria del mismo tiene una libertad de elección, en cuanto a demandar o no los servicios de tanatorio y, en caso afirmativo, de elección de tanatorio. Así las cosas, en el presente supuesto podríamos considerar que sí existe riesgo de demanda, dado que no está garantizada la posibilidad de que las potenciales personas usuarias soliciten los servicios del tanatorio de Churriana de la Vega en número suficiente para la obtención de beneficios y no de pérdidas. En sentido similar, se ha pronunciado este Tribunal en la citada Resolución 276/2018, de 4 de octubre, y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras muchas, en la Resolución 411/2017, de 5 de mayo.

En definitiva, de todo lo dispuesto en el PCAP se concluye que la persona contratista deberá ejecutar la obra y explotar el servicio por su cuenta y riesgo, asumiendo los gastos que deriven de la construcción y explotación, siendo el único responsable de la construcción, conservación y mantenimiento de las instalaciones y de los eventuales daños que el funcionamiento del servicio pueda originar a terceros.

En efecto, el órgano de contratación transfiere el riesgo derivado de la construcción y explotación del servicio, debiendo el contratista asumir el riesgo de pérdidas si la demanda de personas usuarias fluctúa o desciende durante la vigencia del contrato respecto a sus previsiones iniciales, o si los gastos de construcción y de explotación son superiores a los estimados.

A la vista del conjunto de elementos y factores existentes, se debe concluir que sí existe un riesgo operacional o de explotación de suficiente entidad que permite caracterizar el contrato como de concesión. No obstante, resta por analizar si estamos en presencia de una concesión de obras o de servicios.

Al respecto, en lo que aquí concierne, dispone el artículo 14 de la LCSP en su apartado 1 que el contrato de concesión de obras tiene por objeto la realización por la persona concesionaria de algunas de las prestaciones definidas en el artículo 13 de la citada ley como de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación de la persona concesionaria consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio, recogiendo el apartado 4 del citado artículo 14 de la LCSP el contenido del derecho de explotación de las obras. Por su parte, en cuanto a la concesión de servicios, el artículo 15 de la LCSP señala en su apartado 1 que el contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio, recogiendo su apartado 2 el contenido del derecho de explotación de los servicios en idéntica forma al del contrato de concesión de obras.

En este sentido, como se ha expuesto anteriormente, la nota que caracteriza a un contrato de concesión de obras de uno de concesión de servicios, es que en éste último la prestación que se gestiona ha de ser de titularidad o competencia del órgano u órganos de contratación, y ello sin perjuicio de que la explotación del servicio requiera de determinadas obras para su realización. Al respecto, en el supuesto que nos ocupa, la obra que interesa ejecutar al Ayuntamiento sólo constituye un instrumento necesario para prestar un servicio público, la explotación de un tanatorio, sin que la misma sea por sí sola susceptible de explotación, por lo que sus pretensiones deben ser encuadradas en las previsiones de la LCSP, respecto del contrato de concesión de servicio, cuyo artículo 285.2 ampara la ejecución de obras por el contratista.

En definitiva, en virtud de lo expuesto, en el supuesto que se examina, estamos en presencia de un contrato de concesión de servicios.

Pues bien, en aplicación del artículo 44.1.b) de la LCSP, tendrán la consideración de contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, las concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

En este sentido, en la licitación impugnada, el PCAP ni siquiera utiliza la expresión valor estimado del contrato, únicamente en la cláusula 4 del mismo se dispone que *«El canon que la empresa concesionaria abonará al Ayuntamiento de Churriana de la Vega será el establecido en la oferta presentada, el cual será igual o superior al fijado en los criterios de valoración, que se establece en 2.500,00 euros anuales»* y en la cláusula 5 de dicho pliego se señala que *«El plazo de utilización del bien de dominio público será el ofertado por el licitador, según los criterios de valoración, el cual no podrá ser superior a 40 años, a contar desde la fecha de su formalización bien en documento administrativo o en escritura pública, sin posibilidad de prórroga»*. Asimismo, en el estudio de viabilidad contenido en el expediente de contratación y publicado en el perfil de contratación, se establece una previsión de ingresos por los cuarenta años de duración de la concesión de 2,27 millones de euros, en concepto de ventas únicamente por el servicio de velatorio ((incluyendo los conceptos adicionales de cátering y vending).

Al respecto, para la determinación del valor estimado, los apartados 2 y 3 del artículo 8 de la citada Directiva 2014/23/UE de concesiones disponen que «*2. El valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios (...).*
3. (…). Para la estimación del valor de la concesión, los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, en su caso, tendrán en cuenta, en particular:
a) el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión; b) la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora; c) los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública; d) el valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión; e) la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión; f) el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios; g) las primas o pagos a los candidatos o licitadores.».

Así las cosas, dado que el órgano de contratación, encargado de establecer el valor estimado del contrato en el PCAP (artículo 101.5 de la LCSP), no lo ha efectuado, este Tribunal, a efectos de establecer su competencia, siendo presumible que, por la duración de la prestación, el canon mínimo a satisfacer y el volumen total de negocios alcance el umbral de sujeción al recurso especial de la presente concesión, en aplicación del principio "favor acti", entiende que resulta procedente el recurso especial interpuesto de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1.c) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante el 9 de marzo de 2022, por lo que el recurso presentado el 17 de marzo de 2022 en el registro del órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra el PCAP que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, se *«acuerde anular el mismo, ordenando retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior a la aprobación del Pliego anulado, convocándose una nueva licitación de contrato de construcción y explotación de tanatorio municipal.»*.

Funda su pretensión la recurrente en los siguientes alegatos, además del de errónea calificación como concesión demanial, que ya ha sido analizado en el fundamento de derecho tercero:

A. Sobre la no fijación del presupuesto base de licitación ni del valor estimado del contrato. Indica la recurrente con cita de los artículos 100 y 101 de la LCSP, la necesidad del establecimiento por el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la contratación del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato, circunstancia que según manifiesta no acontece en el supuesto examinado.

B. Sobre la no fijación de condiciones de carácter social y medioambiental ni como condición especial de empleo ni como criterio de adjudicación y sobre la existencia criterios de aplicación automática únicamente. Señala el recurso que se vulneran los artículos 145 y 202 de la LCSP, al no establecerse ninguna condición especial de ejecución del contrato de carácter social o medioambiental, ni entre los criterios de adjudicación del citado contrato, fijándose únicamente criterios automáticos o mediante la aplicación de fórmulas como son el canon propuesto, aparcamientos ofertados para la ciudadanía y disponer o no de crematorio a menos de 50 km, lo que supondrá a su entender que todas la entidades participantes obtendrán el máximo de puntuación posible, esto es, 100 puntos, ofreciendo el canon máximo de 7.500 euros, el número máximo de aparcamientos para uso público de 20 plazas y disponiendo de horno crematorio a menos de 50 km. En definitiva, a su juicio, dichos criterios de adjudicación no garantizan que las ofertas sean evaluadas en condiciones de igualdad y competencia efectiva, además de no constar ningún criterio que resulte evaluable mediante juicios de valor, ni ningún criterio de carácter social o medioambiental, ni tampoco ningún criterio de desempate, encontrándonos ante un PCAP que debe ser anulado por todas las deficiencias observadas.

C. Sobre la fijación de un derecho de tanteo y retracto. Afirma la recurrente que se otorga a la empresa que presentó la solicitud de concesión demanial una preferencia o derecho de tanteo o retracto en caso de que su oferta sea incluso el 10% por debajo del primer calificado, lo cual resulta a todas luces improcedente, ya que, como se ha advertido nos encontramos ante la licitación de un contrato de construcción y explotación de tanatorio y no ante una concesión demanial, debiendo ser eliminada dicha preferencia improcedente en una licitación pública.

D. Sobre la ausencia de actuaciones preparatorias del contrato. Por último, denuncia el recurso que no constan actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras y servicios, previsto en el apartado 5 de la disposición adicional tercera de la LCSP.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Los argumentos de oposición al recurso se limitan a afirmar con apoyo en la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía y en su reglamento de aplicación aprobado por Decreto 18/2006, de 24 de enero, que el expediente tramitado se trata de una concesión demanial, para uso privativo, con modificación o transformación del dominio público; ese uso privativo consistirá en la construcción de un tanatorio, que será gestionado de modo privado sin intervención alguna por parte del Ayuntamiento, no tratándose por tanto de un contrato administrativo de concesión de servicio público, siendo necesario el establecimiento de un derecho de tanteo al disponerlo así el artículo 65 del citado reglamento.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Con carácter general los alegatos en que se funda el recurso así como los argumentos en los que se basan, traen causa de la calificación del contrato como concesión demanial, por lo que habiéndose concluido en la anterior consideración examinada en el fundamento tercero por este Tribunal que la naturaleza jurídica de la relación jurídica negocial que pretende constituirse corresponde con la de la concesión de servicios, en la mayoría de las consideraciones que realiza la recurrente se le ha de dar la razón. En concreto:

1. Sobre la no fijación del presupuesto base de licitación ni del valor estimado del contrato. La necesidad del establecimiento por el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la contratación del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato, es una exigencia que de forma clara se recoge en los artículos 100 y 101 de la LCSP, con los requisitos y consideraciones previstas en los mismos.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el primero de los motivos del recurso.

2. Sobre la no fijación de condiciones de carácter social y medioambiental ni como condición especial de empleo ni como criterio de adjudicación y sobre la existencia de solo criterios de aplicación automática. La necesidad de establecer estipulaciones de carácter social y medioambiental como condición de ejecución del contrato resulta de lo dispuesto en el artículo 202 de la LCSP, que establece en los dos primeros párrafos de su apartado 1 que *«Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.*
En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.».

No constando en el PCAP, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución de las recogidas en el artículo 202.2 de la LCSP, el primer argumento del presente motivo del recurso ha de ser estimado en los términos expuestos.

Sobre la necesidad de establecer condiciones de carácter social y medioambiental como criterio de adjudicación, el párrafo segundo del artículo 145.2 de la LCSP dispone que *«Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes (...)»*.

Pues bien, como es posible apreciar en el precepto transcrito la inclusión de aspectos medioambientales o sociales como criterio de adjudicación, es una facultad que tiene el órgano de contratación pero en modo alguno se configura como una obligación como pretende la recurrente, por lo que el segundo argumento del presente motivo del recurso ha de ser desestimado en los términos expuestos.

Sobre la denuncia de la recurrente de que solo existen criterios de aplicación automática, ha de partirse de la base que dicho servicio de gestión de un tanatorio se incardina dentro del CPV (vocabulario común de contratos público) con la referencia "98370000-7 - Servicios funerarios y servicios conexos", siendo un servicio incluido en el anexo IV de la LCSP, por lo que le es de aplicación el segundo párrafo del artículo 145.4 de la LCSP que indica que *«En los contratos de servicios del Anexo IV (...), los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas (...).»*, circunstancia que no concurre en el supuesto examinado

Asimismo, la recurrente señala que la configuración de los criterios recogidos en el PCAP supondrá en la práctica que todas la entidades participantes obtendrán el máximo de puntuación posible, esto es, 100 puntos, ofreciendo el canon máximo de 7.500 euros, el número máximo de aparcamientos para uso público de 20 plazas y disponiendo de horno crematorio a menos de 50 km, por lo que no garantizan que las ofertas sean evaluadas en condiciones de igualdad y competencia efectiva. En este sentido, con independencia de que se pudieran dar las circunstancias que plantea la recurrente, lo cierto es que sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la LCSP y, entre otras, de las relativas al establecimiento de las prescripciones técnicas, de las condiciones mínimas de solvencia, de los criterios de adjudicación y de las condiciones especiales de ejecución, en los procedimientos de licitación de contratos de concesión de los servicios que figuran en el anexo IV (disposición adicional cuadragésima séptima de la LCSP), los órganos de contratación velarán en todas sus fases por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios; las necesidades específicas de las distintas categorías de personas usuarias, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de las personas usuarias de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio. Asimismo, al establecer los criterios de adjudicación de los contratos a que se refiere esta disposición adicional, el órgano de contratación podrá referirlos a aspectos tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos, circunstancias que no concurren en el supuesto que se examina. Por ello, los aspectos denunciados en el tercer argumento del presente motivo del recurso vistos hasta ahora han de ser estimados en los términos expuestos.

Sin embargo, no es posible dar la razón a la recurrente cuando denuncia la inexistencia en los pliegos de criterios de desempate, dado que el artículo 147.1 de la LCSP, los configura como una facultad del órgano de contratación pero no como una exigencia, de tal suerte que en el caso de no establecerse será de aplicación en caso de empate, el apartado 2 de dicho artículo.

3. Sobre la fijación de un derecho de tanteo y retracto. La fijación de cualquier derecho de tanteo y retracto a favor de cualquier potencial entidad licitadoras iría en contra, entre otros, del principio de igualdad, piedra angular de la normativa contractual prevista en la LCSP.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el tercero de los motivos del recurso.

4. Sobre la ausencia de actuaciones preparatorias del contrato. Por último, denuncia el recurso que no constan actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras y servicios, previsto en el apartado 5 de la disposición adicional tercera de la LCSP. En efecto, ha de darse la razón a la recurrente pues la disposición adicional tercera de la LCSP, denominada normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales, dispone en su apartado quinto lo siguiente: *«En los contratos de concesión de obras y de servicios, el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida que exige el artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, con el contenido reglamentariamente determinado, se tramitará conjuntamente con el estudio de viabilidad regulado en esta Ley.»*.

Por su parte, el mencionado artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local señala que *«Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.»*.

Asimismo, a mayor abundamiento, en el caso de la contratación por las entidades locales, la disposición adicional segunda de la LCSP establece como previsión que corresponde a las personas titulares de las alcaldías y presidencias de las corporaciones locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de concesión de obras y los concesión de servicios y los administrativos especiales, cuando su valor estimado no supere el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de 6.000.000 euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a 4 años, eventuales prórrogas incluidas, correspondiendo la competencia al pleno de las citadas corporaciones cuando el valor del contrato en dichos contratos supere los citados importes.

No constando en el expediente remitido, que dicha actuación se haya llevado a cabo en los términos que demandan dichos preceptos, el presente motivo del recurso ha de ser estimado conforme a lo expuesto.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que ha sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el PCAP que, entre otros documentos, rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos

fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FUNERARIA ARMILLA FERMÍN CRIADO, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado «Concesión de suelo para la construcción y gestión de tanatorio» (Expte. 1240/2021), convocado por el Ayuntamiento de Churriana de la Vega (Granada) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 8 de abril de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.